

A DEMORA NA MORA

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA

*Ex procurador do Estado de Minas Gerais,
Procurador da República,*

*Professor de Processo Penal na Faculdade de Direito Milton Campos
e Mestrando em Ciências Penais na UFMG.*

1. À GUISA DE INTRODUÇÃO

A realidade judiciária brasileira, desde o início desta década, vem revelando o que todos os operadores do Direito Penal já deveriam saber, porque é exigência indispensável da análise de qualquer tipo penal. Administradores da maioria esmagadora das médias e sobretudo das pequenas empresas que encerraram suas atividades por contingências de mercado e incompetência gerencial – excluídas, é claro, aquelas em que a quebra resultou de manobras fraudulentas – vêm sendo sistematicamente conduzidos às barras da Justiça penal pelo fato de “não recolherem, à época própria, contribuição previdenciária arrecadada de seus empregados...”

Constata-se em tais ações penais, e aqui o exemplo é da experiência pessoal, que também na maioria esmagadora delas, não se consegue provar sequer a existência do exigido *desconto da parcela previdenciária*, a tanto não parecendo suficiente a exibição dos recibos de pagamentos salariais, aptos a demonstrar apenas a regularidade contábil do procedimento. E é nessa linha, ainda que em pouquíssimas delas, que nos posicionamos pela

necessidade de se comprovar a tantas vezes recusada *apropriação das contribuições*, como ação inseparável do tipo penal previsto no art. 95, “d”, da Lei nº 8.212/91, no caminho, seguro, das teorias constitucionais do bem jurídico.¹

2. BEM JURÍDICO: NOTAS (BREVÍSSIMAS)

Ultrapassada, de há muito, a concepção excessivamente formalista do bem jurídico, tal como a concebeu Birnbaum no longínquo 1832, já a partir de Von Liszt, no início deste século, chegou-se a uma dimensão material do conceito de bem jurídico, atribuindo-se-lhe a função de garantia ou limitação do *ius puniendi* estatal. Garantia de que, ao reclamar a resposta estatal penal, não bastaria a só e prévia seleção das condutas indicadas no tipo penal, mas, reformulando-se o ponto de partida da análise da tipicidade do fato delituoso, passou-se a exigir a efetiva lesão ou exposição a perigo dos bens penalmente tutelados, como pressuposto da apreciação da ilicitude e culpabilidade da ação. É de se ver que, com tal exigência, pretendeu-se atender também aos princípios da insignificância e da intervenção mínima, com os quais não se pode entender o Direito Penal senão como *última ratio*.

E no que vem a ser relevante, como objeto de reflexão nestas linhas, chega-se à afirmação de que o bem jurídico penal deve ser entendido como o valor cultural, constituído a partir de necessidades individuais, e que, porque socialmente dominantes, reclamam e merecem a proteção jurídica da norma penal incriminadora². Com tal definição³, assentada na consideração de que a norma jurídica não cria mas *reconhece* os bens ou valores

¹ Luiz Regis Prado registra o acolhimento da teoria, embora em vertentes distintas, pela grande maioria da doutrina italiana, arrolando também W. Sax. M. Marx, C. Roxin e H. J. Rudolphi. *Bem jurídico Penal e Constituição*. 2ª ed., São Paulo, RT, 1997, p. 51.

² Regis Prado, op. cit. pág. 41.

³ Heleno Fragoso afasta o interesse como equivalente à noção de ou valor, objetando que “... Inaceitável é o conceito objetivo de interesse, pois este denota sempre uma atitude mental. Não é possível afirmar que existe um interesse, sem um juízo ou uma opinião sobre a capacidade ou idoneidade do bem para satisfazer uma necessidade. O bem jurídico não se confunde com o escopo da norma. *Lições de Direito Penal*, Rio de Janeiro; Forense, 1985, p. 277/278.

que se quer ver protegidos⁴, porque indispensáveis à existência do corpo social, é de se concluir que a vontade (geral) criadora do bem jurídico-penal deve corresponder àquela legitimada na Constituição do Estado, como fonte única e limitação insuperável da produção legislativa incriminadora. Tem-se, em reduzidíssima exposição, a justificação das teorias constitucionais do bem jurídico, que “...procuram formular critérios capazes de se imporem de modo necessário ao legislador ordinário, limitando-o no momento de criar o ilícito penal. O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normativização de diretivas político criminais”⁵.

Afirma-se, então, com Rudolphi, que “Que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que para o Direito Penal são deduzidas da Constituição...”⁶

Portanto, quer se adote a teoria constitucional de caráter geral, em que a submissão do legislador se dá em relação ao texto constitucional de maneira ampla, fundada nos princípios gerais adotados pelo constituinte – e tais, por exemplo, são aqueles elencados no art. 1º e 3º da Carta de 1988 – quer, de outro lado, se estabeleça a vinculação de modo estrito, com referência expressa a determinada norma constitucional, tem-se que, no processo de seleção do bem, para fins de elaboração do tipo penal, não se poderá ultrapassar o juízo de valor já plasmado – *quando plasmado* – pelo poder (constituente) originário.

3. O ILÍCITO PREVIDENCIÁRIO

Como se sabe, a legislação anterior à atual Lei nº 8.212/91, e também à Lei nº 8.137/90 (DL. 65/37 e Lei nº 3.807/60), remetia

⁴ José Cirilo de Vargas ensina que “...quando os membros do Congresso Nacional elaboram, através da lei, os tipos penais, descrevendo condutas, têm, *quase sempre*, o propósito de fixar, de maneira formal, fatos que a consciência do povo já repudiou;... Só se pode conceber um Estado de Direito que seja, a um só tempo, democrático, em que os valores da vida social vêm expressos na regra de Direito.” *Introdução ao Estudo dos Crimes em Espécie*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pág.28.

⁵ Regis Prado, op. cit., pág. 50/51.

⁶ *apud* Regis Prado, op. cit., pág.53.

ao art. 168 do Código Penal a conduta que hoje se contém no art. 95, “d”, da vigente incriminação. Entendia-se à época, acertadamente, que a *apropriação dos valores* descontados dos pagamentos salariais constituía grave lesão ao erário, com ampla repercussão em toda a comunidade, majoritariamente mantenedora e beneficiária do sistema previdenciário. A conduta, não bastasse, já era objeto de adequação típica geral, na medida em que tutelava o patrimônio *particular*, com o que, a sua extensão expressa ao patrimônio público, com reforço de razões, era inteiramente justificada.

Note-se, mais, que mesmo a antiga Lei nº 4.729/65, que por tanto tempo regulou os crimes contra a ordem tributária, não incriminava a ação de “não recolher, no prazo legal, tributo ou contribuição descontados de terceiros”, ao contrário, *revogava* dispositivo neste sentido – embora ali se dissesse que a aludida ação “incluía-se entre os fatos constitutivos *do crime de apropriação indébita*” – previsto na natimorta Lei nº 4.357, publicada no ano anterior, ao dispor, art. 3º, que “somente os atos definidos nesta Lei poderão constituir crime de sonegação fiscal.”

Somente em dezembro do ano de 1990, com a vigência da Lei nº 8.137, é que foi instituído o tipo penal ora em comento, capitulado no art. 2º, II, com a seguinte redação:

“art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

...

II- deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.”

Duas constatações se fizeram revelar de imediato, a saber: a) dentre todos os tipos penais instituídos pela citada lei, apenas e unicamente aquele do art. 2º, II, se absteve de narrar e imputar ao agente qualquer conduta caracterizadora de *fraude ou falsidade*. Todos os demais, rigorosamente todos, contêm elementares da espécie “*omitir ou prestar informação falsa, fraudar a fiscalização, falsificar ou alterar..., utilizar documento falso ou*

inexato, fazer declaração falsa etc.”; b) o interesse declarado pela lei era a proteção da *urgência* arrecadatória, dado que, no art. 14, reafirmava a extinção da punibilidade do fato pelo pagamento anterior do tributo ou contribuição.

E é aqui, ou sobretudo aqui, que surge por inteiro o “endereço” do tipo penal previsto no citado art. 95/ Lei nº 8.212, que repete em quase tudo, o modelo da Lei nº 8.137/90. Valorando-se o *atraso* no recolhimento como ilícito penal, acompanhado da possibilidade de pagamento *anterior à denúncia*, o legislador utilizou-se e utiliza-se até hoje (atualmente o “perdão da mora” está previsto no art. 34, Lei nº 9.249/95) – do Direito Penal, não como tutela dos valores mais caros à sociedade ou mesmo como única ou última forma de proteção de tais bens, mas como simples instrumento de *urgência na cobrança* dos créditos previdenciários, já que, a seu juízo – e nisso ele tem razão – o processo de execução fiscal, por várias e muitas razões, parece não atender às expectativas do erário⁷. Surge então a inevitável indagação: A incriminação de que ora se cuida, *com a leitura predominante*, no sentido de que o referido tipo institui *crime de mera conduta, não exigindo a apropriação dos valores descontados*, violaria o texto constitucional, seja em nível de princípios, seja à norma específica? A resposta, com muito ou pouco esforço de reflexão, haverá de ser *positiva*.

Observe-se, por primeiro, que a afirmação, frequente, de constituírem tais “inações” crimes *omissivos próprios*, não vai, em absoluto, de encontro com as conclusões adiante expostas. É que para nós não existe crime sem resultado⁸, dado que toda ação punível haverá de ofender (por lesão ou exposição à lesão) determinado e específico bem ou valor jurídico cuja necessidade

⁷ O Ministério Público passa a ser, também, o titular de uma ação penal de caráter nitidamente arrecadatória, veiculada, então – a própria ação, e *não a pena* – como instrumento de intimidação do devedor recalcitrante.

⁸ Sem razão, no ponto, DAMÁSIO, quando afirma que a teoria jurídica (do resultado) não pode ser aceita “...pois a lesão não é um efeito do fato, mas seu atributo...”. Ora, dizer que a “...questão da lesividade pertence à antijuricidade.” Não atinge, nem de longe, a validade da aludida teoria, na medida em que esta, a ilicitude, é, também e evidentemente, elemento do crime. É dizer: Todo delito, porque ação ilícita, ostenta um grau de ofensa a determinado bem, revelando, assim, um *resultado* (e não atributo!) lesivo. JESUS, Damásio E. *Direito Penal, Parte Geral*. Vol. I, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, pg. 212.

de proteção mereceu a atenção da norma penal. Não se pode admitir a elaboração de nenhum tipo penal, omissivo ou de mera conduta, que se afaste de tais objetivos. Estes, que não apresentam resultado *naturalístico* – no sentido de não exigirem transformação perceptível da realidade externa – são elaborados à consideração de que a só realização da conduta típica já *atinge o bem tutelado*. O desvalor da ação, portanto, independe da apreciação de qualquer modificação do mundo exterior.

A Constituição, ao dispor, art. 5º, LXVII, que não haverá prisão civil por dívida, salvo as hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e do depositário infiel, caminha no sentido de que “Nos tempos modernos já não se aceita mais prisão do devedor inadimplente. No seu lugar, cabe a execução do patrimônio daquele responsável por dívida.”⁹

Assim, se não é possível a instituição de prisão *civil*, que “... não tem caráter repressivo, mas funciona tão-somente como elemento de especial força coercitiva...” porque “... A prisão de que trata a Constituição é de caráter civil. Com isto quer-se significar que ela não visa a aplicação de uma pena, mas tão-somente a sujeição do devedor a um meio extremamente violento de coerção, diante do qual, é de se presumir, cedam resistências do inadimplente. É por isto *que, paga a pensão ou restituído o bem depositado, automaticamente cessa a prisão*,”¹⁰ com redobradas razões não se admitirá a intervenção do Direito Penal para, sob ameaça de pena privativa da liberdade – cuja duração é muito superior a noventa dias! – executar *dívida previdenciária*.¹¹

E não temos receio algum em afirmar que o tipo penal do art. 95, “d”, da Lei nº 8.212/91, *exige a apropriação* da parcela descontada. A hipótese, como se verá, nem é de

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, Vol. I, pág. 305.

¹⁰ BASTOS, Celso. op. cit., pág. 306.

¹¹ Vale lembrar a lição de Hugo de Brito Machado, no sentido de que “Não se diga que a vedação constitucional, porque se reporta apenas à prisão civil, não se opõe à lei ordinária que define como crime o inadimplemento de dívida, para reprimi-lo com pena prisional. Não é assim. ... Há, na verdade, evidente antinomia entre a norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida, e aquela da lei ordinária, que define como crime o inadimplemento da dívida, para viabilizar, dessa forma, a aplicação da pena prisional ao devedor inadimplente. *Temas de Direito Tributário II*. São Paulo, Ed. RT, 1994, pp. 164/165.

inconstitucionalidade, por ausência, no tipo, da ação de “apropriar-se”. Na interpretação do fato delituoso, o que é vedado, porque expressão da *função de garantia* inerente ao tipo de injusto, é exigir-se *menos* do que nele se contém. Diferentemente ocorrerá quando se pretender presente verbo implícito na norma incriminadora, sempre que este se revelar o único meio de se lesionar ou expor à lesão o objeto de sua proteção. Tal exigência nada mais significará que a afirmação da prevalência dos postulados constitucionais no balizamento da produção legislativa penal. Cuida-se, então, repita-se, de interpretação conforme a Constituição, sem prejuízo da validade abstrata do preceito.

Argumenta-se também, contra tal exigência, com as imensas dificuldades assim impostas ao órgão da acusação na identificação e na demonstração da ocorrência do delito. Ora, qualquer que seja critério técnico-metodológico a ser aplicado na elaboração do tipo penal, não pode o legislador se afastar do *objeto* de sua atividade de normatização, que é precisamente o *bem* cuja proteção se busca, *também*, na lei penal. Assim, se a única conduta que ofende o erário é a *apropriação do tributo* por aquele responsável pelo seu recolhimento, não pode a lei incriminar a *simples mora* no recolhimento, por mais difícil que se revele a prova no processo penal. Desnecessário, aqui, reafirmar que a lei penal não pode também *presumir a ação dolosa* como implícita na *mera conduta*. Tal raciocínio implicaria a eliminação total das funções teleológicas-sistemáticas e de garantia inerentes ao tipo penal, terminando mesmo com a abolição do Direito Penal como o Direito da culpa, porque instaurada a responsabilidade penal objetiva.

4. CONCLUSÃO

Concluiríamos, então, em sede de adequação típica, que a ação prevista no art. 95, “d”, da Lei nº 8.121/91 somente se realizará no momento em que o agente *se apropriar* das parcelas descontadas—desde que comprovado o *efetivo desconto* — por ocasião dos respectivos pagamentos salariais. Em outras palavras: O só fato de não se recolher, no prazo legal, o que é devido, não significa, *em*

toda e qualquer hipótese, que o sujeito passivo da obrigação tributária (ou previdenciária, como queiram) tenha revertido o *seu patrimônio* o que, *por força exclusiva da lei*¹² foi *compelido* a reter. Sabe-se, e este é um dado real incontestável¹³, que na atividade empresarial nem toda opção pela liquidação de um ou outro débito pode traduzir a ação de apropriação indevida, na medida em que a própria lei, ao conferir ao pagamento do tributo antes da denúncia o efeito de exclusão da sanção penal¹⁴, autoriza a conclusão de que a simples *mora* não constitui crime. Sob outra perspectiva, poder-se-ia dizer que a aludida causa de extinção da “punibilidade”, condicionada ao simples pagamento, retiraria, por si mesma, o juízo de desvalor da conduta emitido pelo legislador do tipo penal em comento.

Registre-se, por fim, por absoluta pertinência, o fato de ter a Comissão Especial do Ministério da Justiça, que estuda as mudanças na Parte Especial do Código Penal, excluído da ordem legal que se avizinha o tipo previsto no parágrafo VI do atual art. 171, que prevê a incriminação da emissão dolosa de cheque sem fundo. Em entrevista à imprensa, o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, presidente da Comissão, teria afirmado que “O Código Penal não deve ser um reforço para ações de cobrança. Isto é um assunto para o Direito Comercial ou Civil”.¹⁵

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1989, Vol.I.
- FRAGOSO, Heleno C. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal – Parte Geral*. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, Vol. I, 1985.

¹² É oportuno registrar que o autor de tais delitos, no mais das vezes, não se vale de qualquer artifício para escamotear a exigida retenção.

¹³ Revela notar que nenhum tipo penal, já aqui assentada a exigência de apropriação, pode se contentar com a presunção de realização de conduta, como se acusado coubesse o ônus da prova de não ter praticado o crime.

¹⁴ Registre-se também que o efeito de extinção da punibilidade atribuída ao pagamento integral antes da denúncia, outra coisa não é que o mascaramento indistigável de uma pretendida exclusão não da punibilidade, mas da criminalidade mesmo.

¹⁵ Jornal do Brasil, 17.03.98 – Caderno “Brasil”, pág. 7.

MACHADO, Hugo de Brito. *Temas de Direito Tributário II*. São Paulo, Ed. RT, 1994.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2ª ed., São Paulo, RT, 1995.

VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao Estudo dos Crimes em Espécie*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

PERIÓDICOS

Jornal do Brasil, 17.03.98 – Caderno “Brasil”.